

## **CH\_VB 150000230 vom 3. August 2010**

Bundesverwaltung, 2010-08-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_150000230](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000230)

FR: CH\_VB 150000230 du 3 août 2010

IT: CH\_VB 150000230 del 3 agosto 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

En cas de violation de dispositions du droit suisse qui visent à empêcher l'obtention de moyens de preuve précis, le moyen de preuve en question ne peut pas être utilisé, sauf s'il aurait pu être obtenu de manière légale. Il faut dans ce contexte relever que la CEDH ne reconnaît pas d'interdiction de principe pour l'utilisation des moyens de preuve obtenus de manière illicite mais tranche l'admissibilité de leur utilisation dans l'examen de la question de savoir si le procès est, dans son ensemble, équitable<sup>3</sup>.

#### **E. 2.1**

Jurisprudence

Le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'Homme ont développé une jurisprudence au sujet de l'utilisation des moyens de preuve obtenus illégalement de manière à garantir une procédure équitable et à respecter le principe de la présomption d'innocence (art. 32 al. 1 Cst et art. 6 CEDH). Cette jurisprudence peut être résumée comme suit<sup>2</sup>:

1 Selon Auer, "Weder das VWVG noch der BZP regeln, inwiefern rechtswidrig erlangte Beweismittel bei der Sachverhaltserhebung verwendet werden dürfen. Massgebend ist die Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts. Danach ergibt sich aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV ein grundsätzliches Verwertungsverbot für widerrechtlich erlangte Beweismittel. Das Verbot gilt jedoch nicht absolut. Wo besonders gewichtige Interessen an der Wahrheitserforschung und an der Durchsetzung des öffentlichen Rechts vorliegen, kann ein Beweismittel, das an sich auch rechtmässig hätte beschafft werden können, ausnahmsweise verwertbar sein (BGE 131 I 272 E. 4.1; der Entscheid betrifft zwar einen Strafprozess, die Erwägungen können jedoch auch auf die Verwaltungsrechtspflege übertragen werden (BGE 120 V 435 E. 3b). Bei Beweismitteln, die lediglich unter Missachtung von Verfahrensvorschriften, nicht aber unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, ist somit eine Interessenabwägung vorzunehmen. Vorbehalten bleibt der Fall einer Kerngehaltsverletzung eines Grundrechts. Diesfalls dürfte das Beweisverwertungsverbot auch dann absolut gelten, wenn der Beweis an sich legal hätte beschafft werden können. Dabei ist das öffentliche Interesse an der Ermittlung der Wahrheit abzuwägen gegen das Interesse der betroffenen Person, dass der Beweis unverwertet bleibt" (Ch. Auer, in Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Dike, Zurich et St-Gall, 2008, ad art. 12, ch. 23).

#### **E. 2.2**

Code de procédure pénale suisse

Les art. 139 à 141 CPP se distinguent de ces principes sur deux points. Ils étendent d'une part les cas d'interdiction absolue d'utilisation des informations à tous les moyens de contrainte, recours à la force, menaces, promesses, tromperies et moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre. Ils permettent d'autre part d'utiliser les moyens de preuve obtenus par d'autres comportements punissables ou en violation des prescriptions d'ordre, lorsqu'ils permettent d'éclaircir une infraction grave, indépendamment de la question de savoir si ces informations auraient pu être obtenues de manière légale.

En revanche, le message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005<sup>6</sup> ne contenait déjà plus de disposition concernant l'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement par des privés, telle que le proposait l'art. 150 de l'avant-projet de juin 2001<sup>7</sup>. Cette question n'a pas non plus été thématifiée lors des débats parlementaires.

### **E. 2.3**

Application de ces principes au cas d'espèce ?

L'application des principes décrits ci-dessus aux demandes d'assistance administrative fondées sur des informations que l'Etat cocontractant a obtenues d'un privé qui se les est procurées illégalement ne va pas de soi.

### **E. 3**

M.E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2ème édition, Schulthess, Zurich, 1999, § 21, ch. 487.

### **E. 4**

A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Stämpfli SA, Berne, 2006, ch. 1371ss; G. Piquerez, *Manuel de procédure pénale suisse*, 2ème édition, Schulthess, Zurich, 2007, ch. 1210ss; R. Hauser, E. Schweri, K. Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6ème édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, § 60, ch. 6ss; H. Vest, A. Höhener, *Be- weisverwertungsverbote - quo vadis Bundesgericht*, in *ZStR*, vol. 127, 209, p. 95ss.

### **E. 5**

Décision n°92LY0039292LY00619 de la cour administrative d'appel de Lyon du 5 juillet 1994. Dans ce cas, les autorités chargées du contrôle de la TVA avaient, suite à un contrôle, procédé à une reconstitution des recettes imposables. Pour ce faire, elles ne s'étaient toutefois pas fondées uniquement sur les informations obtenues lors d'un contrôle sur place mais avaient utilisé des informations obtenues frauduleusement par un ancien salarié de la société. La cour a conclu que la société devait être déchargée des compléments d'impôts, ces derniers s'appuyant principalement sur des informations obtenues de manière illicite.

### **E. 6**

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 (FF 2006 1057) et le projet de loi (FF 2006 1373). <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.Par.0021.File.tmp/vn-ve-1-f.pdf>.

Avis de droit

DFJP, Office fédéral de la justice

Il faut tout d'abord souligner que, dans le cas d'espèce, les informations volées ne sont pas encore à proprement parler des "moyens de preuve" puisque l'on se trouve à un stade antérieur de la procédure. Il s'agit d'informations préalables dont l'utilisation permettra d'obtenir des moyens de preuve.

Par ailleurs, la jurisprudence et, dans le futur, l'art. 141 CPP, s'adressent aux autorités chargées de la procédure administrative ou pénale. En l'espèce, les autorités suisses ne sont pas compétentes pour la procédure sur le fond mais ne font qu'accorder ou non l'assistance administrative. On peut dès lors se demander si la question de l'obtention illégale des données ne devrait pas plutôt être examinée dans le cadre de la procédure menée par l'Etat cocontractant.

Une telle position pourrait être défendable d'un point de vue juridique. Vu les parallélismes qui peuvent être tirés avec les cas traités par la jurisprudence et compte tenu du fait que l'Etat cocontractant n'aurait jamais été en mesure de déposer sa demande d'assistance sans le comportement illégal d'un privé (p. ex. violation du secret professionnel et, souvent, du secret bancaire), il nous semble que les principes valables en matière d'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement peuvent s'appliquer par analogie.

Relevons toutefois que cette conclusion ne relève pas d'impératifs juridiques mais plutôt de considérations politiques, qui permettent de tenir compte de certaines valeurs défendues par la Suisse. 3. Examen de l'art. 5 al. 2 p-OACDI, principalement quant à la notion d'ordre public L'art. 5 al. 2 p-OACDI assimile le non-respect de la bonne foi et la violation de l'ordre public à la violation des valeurs fondamentales du droit suisse, et en particulier du droit pénal suisse. La formulation retenue laisse entendre que toute violation du droit pénal suisse constitue une violation de l'ordre public, des valeurs fondamentales du droit suisse ou des intérêts essentiels de la Suisse. La mention de l'ordre public dans cette disposition constitue le point de rattachement entre le droit interne et l'art. 26 § 3 du modèle de convention OCDE (ci-après CM OCDE) qui fait de l'ordre public la seule réserve au rejet, d'emblée, d'une demande d'assistance administrative. L'art. 5 al. 2 p-OACDI semble donner une interprétation (nationale) de la notion d'ordre public.

L'art. 26 § 3 CM OCDE réserve le respect de l'ordre public dans le cadre de l'assistance administrative. Le commentaire relatif à cette disposition mentionne ce qui suit: "Le paragraphe 3 inclut également une limitation concernant les renseignements qui touchent aux intérêts vitaux de l'Etat lui-même. A cet effet, il est stipulé que les Etats contractants n'ont pas à fournir des renseignements lorsque leur divulgation serait contraire à l'ordre public. Le commentaire précise que, dans ce contexte toutefois, cette limitation ne peut être invoquée que dans des cas extrêmes. Par exemple, un tel cas peut survenir si une enquête fiscale dans l'Etat requis était motivée par des persécutions politiques, raciales ou religieuses. La limitation peut être également invoquée lorsque les renseignements constituent un secret d'Etat, par exemple des informations sensibles détenues par les services secrets et dont la divulgation serait contraire aux intérêts vitaux de l'Etat requis. Par conséquent, le problème de l'ordre public ne devrait se poser que rarement dans le contexte de demandes de renseignements entre parties à une convention." L'OCDE donne donc une interprétation propre et restrictive de la notion d'ordre public qui devrait être reprise par les Etats parties aux CDI (une éventuelle définition différente selon le droit interne n'est pas pertinente en l'espèce). Elle n'englobe à notre avis pas l'obtention illégale d'informations. 4.

La réserve prévue par l'art. 5 al. 2 p-OACDI doit être contenue dans les CDI Compte tenu des réflexions qui précèdent, la formulation retenue à l'art. 5 al. 2 p-OACDI, selon laquelle toute violation du droit pénal suisse constitue une violation de l'ordre public, va au-delà de l'interprétation de la notion précitée.

La violation du droit pénal suisse, en tant que justification du rejet d'une demande d'assistance administrative, doit être considérée comme un critère indépendant qui va au-delà de la réserve prévue dans la CM OCDE. Comme tel, il sera selon nous difficile de l'opposer à l'Etat cocontractant s'il n'est prévu que dans le droit interne. A notre avis, il faudrait que cette disposition soit réglée, non pas dans l'ordonnance réglant les dispositions procédurales au niveau de droit interne, mais dans la CDI ou son protocole additionnel. L'élaboration d'une loi d'exécution des CDI ne modifiera en rien cette appréciation.

Cette conséquence découle directement du principe "pacta sunt servanda". A contrario, un élément n'étant pas contenu dans l'accord peut difficilement être opposable à l'autorité étrangère.

Avis de droit

DFJP, Office fédéral de la justice

VPB/JAAC/GAAC 2010, édition du 3 août 2010 85

L'introduction, dans les CDI, d'une réserve supplémentaire à l'octroi de l'assistance administrative a été évoquée par plusieurs parlementaires et partis politiques. Compte tenu des éléments précités, elle nous paraît être la solution à retenir.

Nous sommes toutefois conscients qu'il est impossible pour la Suisse de revenir sur les conventions déjà négociées et signées et que cette solution pourrait être envisagée pour l'avenir uniquement.

Dans ce contexte, il est opportun d'examiner les conséquences auxquelles la Suisse s'expose si elle règle dans son droit interne certains cas de rejet des demandes d'assistance administrative qui vont au-delà de la violation de l'ordre public tel que l'entend l'art. 26 § 3 CM OCDE. Du point de vue du droit interne, faute de base légale expresse, l'Etat cocontractant ne disposera d'aucune voie de droit pour recourir contre la décision de la Suisse. Cette solution correspond à celle retenue à l'art. 80h EIMP (RS 351.1).8

En revanche, l'Etat cocontractant qui contestera un refus de la Suisse fondé sur l'art. 5 al. 2 p-OACDI (ou, plus tard, de la loi) pourra entreprendre des mesures de rétorsion à l'encontre de notre pays, suspendre l'application de la convention, la dénoncer (art. 30 CM OCDE) ou exercer des pressions auprès du G20 afin que notre Etat soit maintenu dans la liste grise ou noire des Etats non coopératifs. 5. Proposition de formulation Le rappel de la réserve de l'ordre public n'est selon nous pas nécessaire puisqu'elle est déjà prévue dans la CDI. Il est à notre avis possible de déduire du principe de la bonne foi dans l'exécution des traités internationaux que, si les Etats s'entendent par voie de convention et y règlent notamment la question de l'assistance administrative, ils devraient s'abstenir d'entreprendre des mesures unilatérales permettant de contourner les principes fixés. Le principe de la bonne foi étant toutefois prévu dans la convention de Vienne, les parties pourraient le faire valoir sans qu'il soit nécessaire de le rappeler dans la disposition à élaborer.

La disposition doit en revanche prévoir le cas particulier des données obtenues en violation du droit pénal suisse. Cette disposition pourrait être formulée de manière similaire à l'art.

140 du CPP et reprendre certains éléments de l'art. 150 de l'avant-projet de CPP qui réglait l'utilisation de moyens de preuve obtenus illégalement par un particulier.

1L'AFC rejette la demande d'assistance administrative si cette dernière est fondée sur des informations obtenues par des moyens de contrainte, le recours à la force, des menaces, des promesses, la tromperie et tout autre moyen susceptible de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre.

2L'AFC (ou le Conseil fédéral, le DFF)<sup>9</sup> rejette la demande d'assistance administrative si elle est fondée sur des informations que l'Etat requérant a obtenu de manière illicite ou qui lui ont été transmises par une personne les ayant obtenues de manière illicite, à moins: a. que les données obtenues de manière illicite auraient pu être obtenues de manière légale, et b. que l'exploitation des données faisant l'objet de la demande d'assistance administrative soit indispensable pour élucider des infractions graves.

### **E. 8**

Dans son message, le Conseil fédéral relevait que la procédure d'entraide découle de la coopération entre Etats et qu'on ne voit dès lors pas pourquoi l'Etat requérant devrait être habilité à agir dans cette procédure, l'Etat requis pouvant, au besoin, veiller à la défense de ses intérêts. Il précisait que le fait de recourir dans la procédure d'entraide conférerait à l'Etat requérant la qualité de partie dans cette procédure, ce qui l'obligerait à renoncer à l'immunité de juridiction. Le Conseil fédéral doutait que, dans ces conditions, un Etat fasse usage d'une telle possibilité (Message du Conseil fédéral du 25 mars 1995 concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale [FF 1995 III 1, commentaire relatif à l'art. 80h]). Notons que, dans des cas exceptionnels, la qualité de partie a été reconnue à des Etats étrangers lésés (victimes de délits contre le patrimoine), comme dans le cas Marcos, arrêt non publié du TF 1A.101/1997.

### **E. 9**

S'agissant enfin de l'autorité compétente, on pourrait imaginer que, compte tenu de la portée politique de ce cas de figure, la décision relève du Conseil fédéral ou du DFF. Toutefois, une telle solution ne s'impose pas.

Avis de droit

DFJP, Office fédéral de la justice

VPB/JAAC/GAAC 2010, édition du 3 août 2010 86

Variante d'al. 2

2L'AFC (ou le Conseil fédéral, le DFF)<sup>10</sup> rejette la demande d'assistance administrative si elle est fondée sur des informations que l'Etat requérant a obtenu de manière illicite ou qui lui ont été transmises par une personne les ayant obtenues de manière illicite, à moins que l'exploitation des données faisant l'objet de la demande d'assistance administrative soit indispensable pour élucider des infractions graves.

Cette formulation abandonne à juste titre le lien avec l'ordre public, étant entendu que le vol de données bancaires peut difficilement être considéré comme une violation de l'ordre public. Elle règle de manière transparente un cas supplémentaire dans lequel la

Confédération refusera de fournir l'assistance administrative. Elle laisse en revanche plusieurs questions ouvertes. Les cas de vols de données font actuellement l'objet d'un succès médiatique sans précédent. Il n'est donc pas difficile pour les autorités suisses d'affirmer que la demande de l'Etat cocontractant se fonde sur des données obtenues en violation du droit suisse. Cette médiatisation va sans doute s'atténuer. Il sera dès lors difficile pour les autorités suisses de prouver que des informations ont été obtenues frauduleusement.

Par ailleurs, la disposition nécessitera des interprétations que les Etats cocontractants ne partageront peut-être pas. Il faudra ainsi déterminer le droit applicable pour examiner (1) si les données auraient pu être obtenues de manière licite et (2) si l'on est en présence d'une infraction grave au sens de la let. b. Si la Suisse souhaite limiter l'assistance administrative, elle sera bien inspirée d'examiner ces conditions sur la base du droit suisse. Il faudra également déterminer quelle autorité porte le fardeau de quelle preuve.

Notons en outre que ces dispositions ne viseraient pas le cas où l'autorité étrangère a obtenu les informations pertinentes dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire présentée par la Suisse. Pour éviter l'utilisation des données obtenues dans ce contexte, la réglementation applicable devrait plutôt étendre le principe de spécialité à l'Etat requis.

#### **E. 10**

Voir le commentaire de la note précédente.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2010.8 - Demandes d'assistance administrative fondées sur des données volées, avis de droit du 23 février 2010 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2010 Année Anno Band - Volume Volume Seite 80-86 Page Pagina Ref. No 150 000 230 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.